

**Bedarf es eines eigenständigen „Pflege(haftungs)rechts“?**

**- zugleich eine Anmerkung zu Hanika, Pflegerecht und Patientensicherheit im Lichte der Delegations-, Substitutions- und Allokationsdiskussionen, in PflR 2009, S. 372 ff.**

Der Rechtswissenschaftler Hanika weist in seinem Beitrag zunächst völlig zu recht darauf hin, dass es aktuell so aussieht, „als ob die Karten im Gesundheitswesen neu gemischt werden“ und dass hierbei die Pflege ihre Chance sieht, sich neu zu positionieren.

Nun – dass die Pflege seit Jahren nach mehr Emanzipation insbesondere auch von einem vermeintlichen ärztlichen Diktat strebt, darf als gesicherte Erkenntnis gewertet werden und soweit ersichtlich, wird von Hanika erstmals in der pflegerechtlichen Literatur die Forderung nach einem gesonderten „Pflegerecht“ erhoben.

Das Pflegerecht muss dringend und zeitnah neu verfasst werden, wenn es darauf ankommt, eine Profession in die auch rechtliche Selbständigkeit zu entlassen. Dies gilt insbesondere mit Blick darauf, dass bei den Pflegenden die Illusion genährt wird, als seien die Rechtsfragen hinreichend geklärt.<sup>1</sup>

Nach Hanika sei dem aber mitnichten so und zwar insbesondere für den Fall über die seit Jahren diskutierte „Delegationsproblematik“ hinaus. Mit Blick auf die Substitution oder gar der Allokation werde ein vielfältiges Spektrum an Rechtsfragen aufgeworfen, dass nunmehr dringend einer Aufarbeitung bedürfe.

Dem wird man/frau zunächst ohne weiteres zustimmen können, wengleich doch der Ruf nach dem Gesetzgeber mit Blick auf die haftungsrechtlichen Problemlagen einer gewissen Relativierung bedarf.

Hanika selbst verkennt hierbei nicht, dass der Gesetzgeber und die Rechtsprechung für den Pflegebereich kein eigenständiges „Pflegerecht“ vorsehen, sondern dass vielmehr die allgemeinen gesetzlichen Grundlagen Geltung beanspruchen.

Dies dürfte allerdings auch insoweit unverfänglich sein, da einiges dafür spricht, dass gerade mit der Substitution genuin ärztlicher Aufgaben auf die beruflich Pflegenden zugleich auch die zivilrechtlichen Haftungsmaßstäbe (im Übrigen aber auch die strafrechtlichen Bezüge etwa mit Blick auf Körperverletzungstatbestände) „übertragen“ werden, will man/frau sich nicht dem Vorwurf aussetzen, eine Berufsgruppe besondere haftungsrechtliche Privilegien einzuräumen.

In diesem Sinne ist es wohl nicht erforderlich, dass der Gesetzgeber „im Zweifel das gesamte Heilberufs- und (Arzt)Haftungsrecht“ neu schreiben müsse, wie Hanika im Zuge der geplanten Neuordnung der Gesundheitsfachberufe mutmaßt, sondern allenfalls um der Transparenz willen einzelne Präzisionen angezeigt sind, die ggf. auch durch die Rechtsprechung entwickelt werden können und zwar gerade insbesondere im Haftungsrecht der Pflegenden.

Dies deshalb, weil über Jahrzehnte hinweg insbesondere auch das Arzthaftungsrecht in den bewährten Händen der Richterschaft (vornehmlich des BGH) liegt und der Gesetzgeber aus nachvollziehbaren Gründen bisher davon abgesehen hat, ein umfassendes Arztrecht zu kodifizieren.

Die Klärung der haftungs-, berufs- arbeits- und versicherungsrechtlichen Unsicherheiten erscheinen jedenfalls nicht in dem Ma-

<sup>1</sup> Hanika, aaO., S. 378

ße als besonders problematisch, wenn und soweit es tatsächlich zu einer Substitution ärztlicher Aufgaben kommen sollte. Die übertragene „Aufgabe“ als solche ändert sich nicht und wird allenfalls von weiteren Personen, namentlich die der beruflichen Pflege, wahrgenommen werden können, ohne dass hiermit etwa dem Arzt die „Vorbehaltstätigkeit“ zu entziehen wäre.

Es können – vorbehaltlich der vom G-BA immer noch ausstehenden Positionierung und freilich einer ausreichenden formellen und materiellen Qualifizierung der Pflegenden – künftig von den beruflich Pflegenden auch arzt spezifische Tätigkeiten übernommen werden, mit denen selbstverständlich keine haftungs- oder strafrechtliche Privilegien verbunden sind.

Die Modellvorhaben insbesondere nach § 63 Abs. 3c SGB V sind nicht auf solche der „Delegation“ bezogen oder gar beschränkt, sondern zielen vielmehr auf eine echte Substitution ärztlicher Tätigkeiten ab. Insofern sind die damit aufgeworfenen Rechtsfragen nicht mit den „alten Rechtsregeln“ der in Teilen bisher zulässigen Delegation zu lösen, sondern erfahren durchaus eine eigenständige Bedeutung.

Diese prinzipielle „Eigenständigkeit“ kann allerdings nach hiesiger Auffassung nur darin erblickt werden, dass die Primärpflichten aufgrund einer „übertragenen Tätigkeit“ sich im Kern nicht ändern und deshalb jedenfalls unter zivilrechtlichen Aspekten betrachtet diejenigen Rechtsfolgen nach sich ziehen, die sich auch für den Arzt ergeben würden (z.B. bei einem „Pflegefehler“).

Der weitergehende Hinweis von Hanika, wonach derjenige, der den „Pflegekräften wirklich neue Kompetenzen zukommen lassen will, (...) für die Einrichtung von Pflegekammern plädieren (muss)“<sup>2</sup>, um so

u.a. die von ihm dargestellten „Mammutaufgaben wirklich stemmen“ zu können, erscheint in diesem Zusammenhang stehend offensichtlich der Tatsache geschuldet, dass der von ihm in der Zeitschrift PflR veröffentlichte Beitrag in der Fußnote 1 als ein „Vortrag auf dem Pflege-Rechts-Tag 2009 in Berlin“ ausgewiesen wird und somit ein Stückweit den Interessen der beruflich Pflegenden resp. ihrer Verbände entgegenkommen sollte, zumal seinerzeit zu Beginn des Jahres 2009 allgemein die Berufsverbände die beruflich Pflegenden zu einer „politischen Großoffensive“ im Superwahljahr mit einem besonderen „Wahlprüfungsstein“ in Sachen Verkammerung der Pflegeberufe aufgerufen haben.

Entgegen der von Hanika vertretenen Auffassung ist allerdings die Einräumung von weitergehenden Kompetenzen und die damit im Zweifel klärungsbedürftigen Rechtsfragen für die beruflich Pflegenden völlig unabhängig von irgendwelchen „Verkammerungswünschen“ der Pflegeberufsverbände<sup>3</sup>, wengleich doch an dieser Stelle nicht verabsäumt werden soll, darauf hinzuweisen, dass Hanika einer „Verkammerung“ der Pflegeberufe durchaus abgeschlossen gegenüber steht.<sup>4</sup>

Auch wenn ich persönlich diesen Weg der Verkammerung als „Irrweg“ werte, bleibt aber letztlich festzustellen, dass die Rechtsfragen der Substitution genuin ärztlicher Aufgaben hiervon unabhängig zu

<sup>3</sup> Vgl. dazu aktuell, L. Barth, Pflegekammer: [Über den Abstand zwischen „Normgeber“ und „Normadressaten“](#), in BLOG „Brauchen wir in Deutschland Pflegekammern?“ (15.04.10)

<sup>4</sup> Hanika, in >>> [http://www.bflk.de/Europa\\_und\\_die\\_Pflegequalifikation\\_in\\_Deutschland\\_Hanika.pdf](http://www.bflk.de/Europa_und_die_Pflegequalifikation_in_Deutschland_Hanika.pdf) <<<; ders., Pflegekammern in Deutschland – Durchbruch oder endlose Warteschleife?!

Betrachtungen aus aktueller rechtlicher und gesellschaftspolitischer Sicht, zusammen mit Marion Mielsch und Melanie Schönung, in PflR 2005, S. 203 ff.; ders., Berufsständische Selbstverwaltung auf dem Weg in das 21. Jahrhundert, in PflR 1999, S. 287 ff.

<sup>2</sup> Hanika, aaO., S. 377

klären sind und – sofern tatsächlich eine Übertragung erfolgt – eigentlich auch rechtssicher beantwortet werden können.

Problematisch ist m.E. allenfalls, dass in diesem Zusammenhang stehend den beruflich Pflegenden nicht deutlich signalisiert wird, dass sie gerade mit der beabsichtigten Substitution primär in ihre „haftungsrechtliche Selbständigkeit“ entlassen werden und so vielfach die Grundsätze der horizontalen Arbeitsteilung zur Anwendung gelangen. Lediglich im Zuge der Einführung der „Modellvorhaben“ und unter dem Aspekt der (weiteren) Erlangung der formellen und materiellen Qualifikation betrachtet, werden erhöhte Organisationspflichten der Träger (im Übrigen mit der entsprechenden Aufklärung der Patienten über die „modellhafte ärztlich-pflegerische Leistung“<sup>5</sup>) anzumahnen sein, während

<sup>5</sup> a.A. Bergmann, Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen auf/durch nichtärztliches Personal, in MedR 01/2009, S. 1 ff.

Sofern vereinzelt in der Literatur darauf hingewiesen wird, dass nicht die Forderung aufgestellt werden könne, „dass der Patient vor der Behandlung von der Delegation informiert und aufgeklärt werden müsse“ (so Bergmann, Delegation und Substitution ärztlicher Leistungen auf/durch nichtärztliches Pflegepersonal, in MedR 2009, S. 1 ff. [8]), begegnet diese Auffassung nachhaltige Bedenken. Entscheidend ist nicht die Aufklärungspflicht im Rahmen eines vertikalen, arbeitsteilig organisierten Behandlungsprozesses, sondern vielmehr die Aufklärung darüber, dass künftig die beruflich Pflegenden kraft eigener Kompetenz und Sachkunde zur Leistung genuin ärztlicher Tätigkeiten befugt sind. Sofern also ärztliche Aufgaben im Rahmen der Modellvorhaben auf Nichtärzte substituiert werden, sind zugleich auch die Pflegekräfte diejenigen Personen, die über ihre Behandlung i.w.S. aufzuklären haben, während demgegenüber dem Träger die Aufklärungspflicht darüber obliegt, dass im Rahmen eines „Modellvorhabens“ Pflegekräfte befugt sind, künftig ärztliche Tätigkeiten wahrzunehmen (wobei diese Pflicht zur Aufklärung delegiert werden kann).

Gerade aus dem Modellcharakter folgen Aufklärungspflichten sowohl für den Träger als auch weitergehend mit speziellen Zuschnitt auf die pflegetherapeutischen Behandlung für das Pflegepersonal, die es dem Patienten ermöglichen, aufgrund dieser

demgegenüber die arbeits- und versicherungsrechtlichen Aspekte bei einer „Substitution“ kaum größere rechtsdogmatische Probleme aufwerfen.

Sofern also eine „Substitution genuin ärztlicher Aufgaben“ auf die beruflich Pflegenden angedacht ist, sollte man/frau die Folgen nicht „halbherzig“ diskutieren, zumal es seit Jahren dem ständigen Wunsch (jedenfalls der Pflegeberufsverbände) entspricht, eben diese ärztlichen Aufgaben als pflegerische wahrnehmen zu wollen. Von daher liegt es nahe, sich von den Rechtsregeln (so unbefriedigend diese in der Vergangenheit auch gewesen sein mögen) der Delegation von arzt-spezifischen Tätigkei-

Information über das „Ob“ einer Therapie befinden zu können, zumal es der Entscheidungskompetenz des Patienten anheim gestellt ist, sich ggf. für eine andere Alternative, nämlich die Behandlung durch eine Ärztin oder Arzt, zu entscheiden.

In diesem Zusammenhang dürfte Bergmann denn auch einem erheblichen Irrtum unterliegen, wenn er meint, dass die Frage einer Übertragung oder Substitution keiner „Einwilligung“ durch den Patienten bedarf und dies kein Problem der sog. Selbstbestimmungsaufklärung darstelle, zumal Bergmann auch hier wie selbstverständlich davon ausgeht, dass ansonsten die Organisation der vertikalen Arbeitsteilung vom Krankenhausträger nicht zu leisten wäre. Mit Verlaub – nochmals zur Verdeutlichung: es geht eben nicht (!) um die vertikale, sondern horizontale Arbeitsteilung.

Insofern sollte gerade vor dem Hintergrund des Modellcharakters eine Aufklärungspflicht bejaht und angenommen werden. Dies gilt um so mehr, als das vortrefflich darüber diskutiert werden kann und m.E. auch muss, dass gerade der modellhafte Charakter einer Neuordnungsregelung dazu führt, dass es sich hierbei regelmäßig um eine „Neulandmethode“ i.w.S. handelt, die eben noch nicht zum „Standard“ gehört, da Pflegekräfte ärztliche Aufgaben wahrnehmen. Die horizontale Arbeitsteilung und die Substitution genuin ärztlicher Leistungen auf die beruflich Pflegenden sind in der „Erprobungsphase“ – eine Phase, aus denen (zunächst) kein Standard vorbehaltlich einer entsprechenden Evaluierung folgt und zwar auch nicht dann, wenn hierüber im intraprofessionellen Raum Konsens bestehen sollte. An dieser Einschätzung wird auch dann festzuhalten sein, wenn der G-BA das Nähere dazu regelt; dies deshalb, weil sich hierdurch der „Modellcharakter“ einer Neuordnung im Rahmen der Substitution nicht verändert wird.

ten im Verhältnis Arzt – Pflegefachkraft zu verabschieden, sofern tatsächlich eine Aufgabenübertragung vollzogen wird. In diesem Sinne dürfte für die aktuelle Diskussion der Substitution die ältere Literatur, die auf die Delegationsproblematik zugeschnitten ist, kaum Substantielles beitragen; im Gegenteil, eine unterbliebene exakte Differenzierung zwischen der Delegation und der Substitution genuin ärztlicher Aufgaben auf die beruflich Pflegenden führt vielmehr zu einer tatsächlichen „Verwirrung“!

Freilich ist allerdings nach diesseitigem Verständnis damit die unendliche Debatte über die „Delegationsregeln“ nicht entbehrlich, geschweige denn beendet<sup>6</sup>, zumal es auch weiterhin Fälle der Delegation geben wird – sei es nun im Verhältnis zwischen dem Arzt und der Fachkraft oder aber auch im Verhältnis der Pflegefachkraft zu den Pflegehilfskräften und zwar unter besonderer Berücksichtigung der strikt voneinander zu differenzierenden Versorgungssektoren.

Sofern also der G-BA mit einem „Katalog von Tätigkeiten resp. Aufgaben“ aufwarten sollte, die im einzelnen auf die beruflich Pflegenden übertragen werden können, spricht eigentlich alles dafür, dass diesbezüglich die Pflegefachkräfte auch vollumfänglich haften werden (z.B. über die Dekubitusprophylaxe hinaus auch für die Behandlung; für Lagerungsschäden, für die fehlerhafte Durchführung von Injektionen

<sup>6</sup> anders wohl Roßbruch, vgl. dazu ausführlicher Barth, Neuordnung der Gesundheitsberufe: Müssen wir uns vom „Drei-Fallgruppenmodell“ der Delegation verabschieden? (09.11.09) >>> [http://www.iqb-in-fo.de/Neuordnung\\_Stellungnahme\\_Lutz\\_Barth\\_zu\\_HTW\\_Projektabschlussbericht\\_2009.pdf](http://www.iqb-in-fo.de/Neuordnung_Stellungnahme_Lutz_Barth_zu_HTW_Projektabschlussbericht_2009.pdf) <<< pdf.; vgl. im Übrigen auch Barth, Neuordnung der Gesundheitsfachberufe: Wer trägt hier eigentlich zur „Verwirrung“ bei? (10.06.09) >>> [http://www.iqb-in-fo.de/Neuordnung\\_Gesundheitsberufe\\_Diskussionsstand\\_2009\\_Lutz\\_Barth.pdf](http://www.iqb-in-fo.de/Neuordnung_Gesundheitsberufe_Diskussionsstand_2009_Lutz_Barth.pdf) <<< (pdf.)

oder das fehlerhafte Legen von Kanülen oder Magensonden etc.), ohne sich in irgendeiner Form bei den Ärzten „entlasten“ zu können und zwar unbeschadet der Möglichkeit, ggf. die Haftung sowohl der Pflegenden als auch der Ärzte bei den Trägern konzentrieren zu können.

Die Formel wird also insbesondere unter haftungsrechtlichen Aspekten betrachtet bei einer Substitution (!) lauten müssen: „Erweitere Kompetenzen ziehen auch erweitere Haftungsmöglichkeiten nach sich!“ und zwar ungeachtet der im Rahmen der Delegation bisher geführten Diskussion um den Grund und die Reichweite der „Anordnungs- und Durchführungsverantwortung“ unter Einschluss (oder Ausschluss) irgendwelcher „Weisungsrechte“<sup>7</sup> zwischen den Ärzten und den beruflich Pflegenden.

Wurde in der Vergangenheit nicht selten die Phantasielosigkeit der Pflegerechtler bei der Entwicklung des „Pflegerrechts“ mit einem eigenen Lösungsansatz bemängelt, in dem vielfach „nur“ die gesicherten arztrechtlichen Grundsätze auf die beruflich Pflegenden übertragen worden sind, so erscheint es gegenwärtig in Anbetracht einer „echten“ Substitution ärztlicher Aufgaben geboten, sich nunmehr der (arzt)haftungsrechtlichen „Standards“ zu erinnern.

Ein Pflegehaftungsrecht muss jedenfalls nach diesseitiger Auffassung nicht neu geschrieben werden, sondern vielmehr sollte den Pflegenden deutlich die haftungsrechtlichen Konsequenzen einer dann „vollendeten vollständigen Emanzipation“ skizziert werden. Eine „vornehme Zurückhaltung“ – gleich aus welchen Gründen – ist hier eher deplatziert und insofern würde ich mir persönlich wünschen, dass einige

<sup>7</sup> Zur Erinnerung: „Weisungsrechte“ wurden bisher ganz überwiegend in der Fachliteratur geleugnet; ein Umstand, der (zumindest mit Blick auf stationäre Alteneinrichtungen) mehr als zweifelhaft ist.

Pflegerechtler nicht Fragen aufwerfen und die Beantwortung derselben schlicht an den Gesetzgeber (und noch weniger an die Schaffung von Pflegekammern!) „delegieren“ oder bei ihm anbinden, um sich einstweilen nicht positionieren zu müssen oder zu wollen.

Jedenfalls die haftungs- und strafrechtlichen Folgen einer echten Substitution sind m.E. mehr als transparent<sup>8</sup>, ohne hier die „Allokation“ als Begriff problematisieren zu müssen.

Lutz Barth, 16.04.10

IQB - Eigenverlag PMR: Lutz Barth  
© Zeitschrift PMR

Sieverner Str. 156, 27607 Langen  
Tel. 04743 / 278 001  
Fax 04743 / 278 002

Email: [webmaster@iqb-info.de](mailto:webmaster@iqb-info.de)

Herausgeber: Ass. jur. Lutz Barth

Kontakt per Email an >>> [webmaster@iqb-info.de](mailto:webmaster@iqb-info.de)

© 2010

---

<sup>8</sup> Beispielhaft sei hier nur erwähnt, dass nach hiesiger Auffassung bei einer Substitution ärztlicher Aufgaben auf das Pflegepersonal der BGH in seiner Entscheidung zur Dekubitusprophylaxe wohl zu einem anderen Ergebnis gekommen und letztlich der Arzt nicht zur Haftung herangezogen worden wäre. Vgl. zur Entscheidung und weiteren Rechtsprechungshinweisen >>> [http://www.iqb-info.de/OLG\\_Braunschweig\\_Hinweisbeschluss\\_Dekubitus\\_Risiken\\_Lutz\\_Barth\\_2009.pdf](http://www.iqb-info.de/OLG_Braunschweig_Hinweisbeschluss_Dekubitus_Risiken_Lutz_Barth_2009.pdf) <<<< (pdf.). Es erscheint mir jedenfalls derzeit durchaus möglich, die haftungsrechtlichen Folgen in der Gänze mit Blick auf die einzelnen Tätigkeiten, die im Rahmen der Übertragung immer mal wieder diskutiert werden, klar und deutlich zu benennen.

